

## 6. Jahresfachtagung Sportwetten & Glücksspiel am 30. März 2011, Frankfurt/Main

Vortragsmanuskript Prof. Dr. Ihno Gebhardt, LL.M.oec.int.

Lieber Herr Hecker, meine sehr verehrten Damen und Herren, ich habe mich sehr über Ihre Einladung gefreut, auf dieser Fachtagung den Einführungsvortrag zu den derzeit diskutierten Szenarien für die erneute Revision des Glücksspielwesens in Deutschland halten zu dürfen. Ich will versuchen, einige Schlaglichter auf die aus meiner Sicht wichtigsten Probleme zu werfen, die im aktuellen Diskurs über die Neuregelung des Glücksspielstaatsvertrages und flankierender Regelungen eine Rolle spielen oder zumindest eine Rolle spielen sollten:

I. Den Ausgangspunkt dieser Überlegungen bildet der Beschluss der Regierungschefs der Länder vom 10. März 2011, ein **Konzessionsmodell zur Regulierung von Sportwetten** schaffen zu wollen, wobei 7 Länder – wenn ich es richtig sehe: die A-Länder-Seite (demnächst müssen wir wohl zu den „A-“ und „B-Ländern“ ein „C-Land“ hinzufügen) – durch Protokollerklärung darauf hinweisen, dass es aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen geboten sei, ich zitiere: *„im Bereich der Sportwetten die Vergabe einer oder mehrerer Konzessionen so auszugestalten, dass kein Wettbewerb zwischen einzelnen Konzessionären stattfindet. Die Regulierungsziele des Staatsvertrages stehen einem auf die Expansion des Sportwettenmarktes angelegten Wettbewerbsmodell entgegen.“* Zitat Ende.

Dieser letzten Aussage wird man sicherlich für eine in erster Linie auf die Vermeidung und Bekämpfung von Spielsucht gestützten und zugleich die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz einschränkenden Regelung ohne weiteres zustimmen können, womit auch von vornherein ein Erlaubnismodell ausscheidet, das sich bei rechtsdogmatischer Standortbestimmung als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt qualifizieren ließe. Denkbar ist daher, der rheinlandpfälzische Ministerpräsident hat in dieser Weise den MPK-Beschluss auch sofort untersetzt, die Regelungsoption einer wettbewerbsvermeidenden, einer Art Regionalitätsgrundsatz folgenden Vergabe von Sportwettenkonzessionen, der Sache nach ein Oligopol von Sportwettenanbietern: Die Problematik eines Oligopols ist nicht neu; sie wurde bereits im Zusammenhang mit der Empfehlung der sog. „Sportwettenkommission“ im Jahr 2005 diskutiert. Nach dem Erkenntnisstand 2005 ließ sich feststellen, dass eine Konzessionierung mehrerer Sportwettenanbieter jedenfalls dann als inkonsistent und verfassungsrechtlich nicht haltbar zu qualifizieren ist, wenn dieses Modell mit einer erheblichen Ausweitung des Spielangebotes und damit einhergehend zu einer Steigerung problematischen Spielverhaltens führt. Um die erneute Überprüfung einer kontingentierten Sportwettenkonzessionierung vornehmen zu können, gestatten Sie mir bitte eine Vorbemerkung zu dem zunächst als Maßstab dienenden Kohärenzgebot:

Das ursprünglich in der Steuerrechtsprechung des EuGH entwickelte **Kohärenzgebot** bildet spätestens seit der *Gambelli*-Entscheidung den zentralen Gesichtspunkt für die Überprüfung der europarechtlichen Legitimität staatlicher Glücksspiel- und Wettmonopole. Dabei hat der EuGH auf unterschiedliche Zielsetzungen und Gefahreinschätzungen gegründete Regelungen verschiedener Glücksspielbereiche durchaus zugelassen, was vielerorts in Deutschland dahin verstanden worden ist, dass der Gesetzgeber die in Spielhallen beheimateten Geldspielautomaten einem liberalen Regelungsregime unterwerfen dürfe, obgleich Glücksspielarten mit deutlich geringerem Suchtpotenzial in staatlicher Regie monopolisiert sind.

Das eher diffuse Kohärenzerfordernis lässt sich bekanntermaßen zerlegen: in eine „sektorale Kohärenz“ – also eine Art Stimmigkeitsprüfung des gesetzgeberischen Regelwerkes für die einzelne Glücksspielart –, die „föderale Kohärenz“ – die mit Blick auf Aktivitäten im Land Schleswig-Holstein an Bedeutung gewinnen könnte (wobei ich, das darf ich anmerken, nicht davon ausgehe, dass das aktuelle vom schleswig-holsteinischen Gesetzgeber initiierte Notifizierungsverfahren bei der Kommission mit Hochdruck betrieben wird; allerdings gibt es auch für die Notifizierungsentscheidung der EU-Kommission Fristen) –, die „vertikale Kohärenz“ – für tatsächlich gleichartige Spielangebote, die möglicherweise unterschiedlichen Regelungsregimen zugeordnet sein können (Geldspielautomaten in Spielbanken und Spielhallen[?]) – und die „horizontale Kohärenz“, bei der die gesetzgeberischen Konzeptionen verschiedener Glücksspielarten zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Der ursprünglich im Diskriminierungsverbot angesiedelte Kohärenzgedanke hat demnach eine starke Ausweitung erfahren. Ungeachtet dessen, ob der EuGH in Bezug auf die deutsche Rechtslage überhaupt zu dem Erfordernis einer so beschriebenen horizontalen (Gesamt)Kohärenz gelangt, hat das BVerwG in seinen Entscheidungen vom 24. November 2010 – eingezwängt in das vom EuGH und BVerfG geschnürte europarechtlich-verfassungskondominiale Maßstabkorsett – die strengst mögliche Interpretation des bundesverfassungsunmittelbar normativ nicht ohne weiteres ableitbaren Kohärenzgebotes vorgenommen: Ein staatliches Sportwettenmonopol kann nur dann Bestand haben, wenn andere Glücksspiele mit gleichem oder höherem Suchtgefährdungspotenzial jenen Zielsetzungen entsprechend behandelt werden, um derentwegen das Sportwettenmonopol geschaffen wurde. Wörtlich: *„Das Ziel der Begrenzung der Wetttätigkeiten darf weder konterkariert noch dürfen ihm entgegenlaufende Ausgestaltungen in den anderen Glücksspielbereichen geduldet werden.“*

Überträgt man die Entscheidung des BVerwG auf das Modell der in kleiner Anzahl kontingentierten Konzessionierung von Sportwettenanbietern, lautet die Kernaussage: Ein staatliches Sportwettenoligopol kann nur dann Bestand haben, wenn andere Glücksspiele ... jenen Zielsetzungen entsprechend behandelt werden, um derentwegen die als Berufszulassungsregelung zu qualifizierende Konzessionsregelung geschaffen wurde. **Aus der Perspektive des Lotteriegesetzgebers bedeutet dies: Das Ziel der Begrenzung der Lotterietätigkeiten darf weder konterkariert noch dürfen ihm**

**entgegenlaufende Ausgestaltungen in den anderen Glücksspielbereichen geduldet werden.** Als Frage formuliert: Wird das Ziel der Begrenzung der Lotterietätigkeiten, nämlich – bislang – die Spielsuchtvermeidung und –Bekämpfung durch die Ersetzung des Sportwettenmonopols durch ein Konzessionsmodell, also eine dieser Zielsetzung entgegenlaufende Ausgestaltung für Sportwetten konterkariert? Bei einer mit der Spielangebotserweiterung verbundenen qualitativen und quantitativen Ausweitung der Spielsucht, bei Wettbewerb zwischen den verschiedenen Sportwettenanbietern, ist dies erkennbar der Fall.

Sofern nur regional wirksame Sportwettenkonzessionen erteilt werden, die keinerlei zusätzlichen Wettbewerb zwischen den Sportwettenanbietern zulassen, lassen sich entsprechende Konzessionsregelungen rechtsdogmatisch der Rechtsfigur des repressiven Verbotes mit Dispensierungsvorbehalt zuordnen. Dies scheint jedenfalls gewollt zu sein, da zum einen nur bei deutlicher Kontingentierung der Konzessionen das – bisherige – Primärziel der Spielsuchtvermeidung *nicht auf den ersten Blick (wohl aber bei näherem Hinsehen?)* konterkariert wird und zum anderen der in der Konzessionsgewährung liegende Sondervorteil, vorbehaltlich einer ins Detail gehenden Analyse, durch eine entsprechende Konzessionsabgabe abschöpfbar ist. Nur bei Qualifizierung dieser Abgabe als Sonderabgabe, die ähnlich der Spielbankabgabe und der weiteren im Spielbankbereich üblichen Abführungspflichten „steuerersetzend“ ist, liegt die Regelungskompetenz als Teil des Ordnungsrechts bei den Ländern. Mit dem Hinweis auf die Steuergesetzgebungskompetenzen nach dem Grundgesetz dürften auch die fiskalischen Konsequenzen der Schaffung eines Erlaubnismodells nach dem Vorbild des Gewerberechts klargestellt sein. Der Kollege *Englisch* hat jüngst zu Recht darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung auch der ausländische Anbieter zur Leistung dieser Konzessionsabgabe auch im Fall einer ihm durch einen anderen Mitgliedstaat gewährten Glücksspielveranstalter-Erlaubnis verpflichtet ist, dass es m. a. W. keine gemeinschaftsrechtlichen Hindernisse für eine Abschöpfung der inlandsradizierten Erträge gibt. Auch der ausländische Anbieter müsste für den ihm gewährten Sondervorteil zahlen. Die Konzessionsabgabe müsste – im Hinblick auf den insgesamt zu leistenden Abgabesatz – allerdings so beschaffen sein, dass sie (wiederum unter dem Kohärenz- und einem Praktikabilitätsgesichtspunkt) letztlich über eine Angebotsverknappung geeignet ist, den Spieltrieb einzudämmen, aber nicht zu hoch, damit nicht der für eine Sonderabgabe mit Lenkungsfunktion erforderliche Lenkungszweck verhindert wird. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die zur Primärzielsetzung der Spielsuchtvermeidung passenden Abgabensätze geeignet sind, den derzeit nach hiesigen Maßstäben illegalen Sportwettenanbietern den Weg in die Legalität zu ebnen. Sofern dies bezweckt wird: Die rechtlich nicht angreifbare Vorstellung ist naheliegend, dass bei der Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen hinreichend potenten Sportwettenanbietern eher jene zum Zuge kommen werden, die sich nach Auffassung der Glücksspielbehörden (nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung zur Illegalität bestehender Sportwettenangebote) in der Vergangenheit rechtstreu verhalten haben. Bei „näherem Hinsehen“ weist die Verwirklichung eines Sportwettenkonzessionsmodells bei gleichzeitigem Erhalt des auf die Suchtvermeidung und –

Bekämpfung gerichteten Lotteriemonopols angesichts der skizzierten rechtstatsächlichen Imponderabilitäten ein außerordentlich hohes Inkohärenz-Risiko auf: Ist das Konzessionsmodell mit einer Angebotserweiterung verbunden, liegt die Inkohärenz auf der Hand; wird ein strikt ordnungsrechtlich geprägtes Konzessionsmodell ohne zusätzlichen Wettbewerb geregelt, ist es zur Kanalisierung der bislang illegalen Sportwettenaktivitäten erkennbar ungeeignet.

Sofern bei Konzessionierung von Sportwettenanbietern herausstellen sollte, dass die Durchsetzung des für die übrigen, nicht konzessionierten Anbieter, bestehenden Internetglücksspielverbotes tatsächlich nicht möglich ist, ergeben sich zusätzliche Probleme aus einer möglichen Verletzung des Gleichheitssatzes. Bereits aus diesem Grund ist in Richtung der Aufsichtsbehörden anzumerken, dass private Konzessionsnehmer in verstärktem Maße darauf drängen dürften, etwa bestehende Vollzugsdefizite bei der Bekämpfung illegaler Sportwettenanbieter zu beheben.

Zur Arrondierung der Glücksspielsteuer- und abgabenrechtlichen Thematik ist weiterhin der Hinweis auf die am 1. 1. 2015 in Kraft tretende dritte Stufe des großen EU-Umsatzsteuerpaketes erforderlich, mit einer Neuregelung für die Besteuerung von Online-Dienstleistungen. In den Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien könnte ein wichtiger Schritt weg von dem stets drohenden mitgliedstaatlichen Unterbietungswettbewerb um die Ansiedlung der Glücksspielunternehmen auf Kosten von Steuer- und Sozialstandards liegen. Die zahlreichen steuerlichen Implikationen mögen gleichwohl die Steuerrechtler diskutieren (was ist der Steuergegenstand, wohin führt der Austausch einer Spieleinsatzsteuer durch die Umsatzbesteuerung usw?); in den Ländern finden die Regelungen der einschlägigen Richtlinien derzeit wohl bereits deshalb nicht allzu große Beachtung, weil die Umsatzsteuerertragskompetenz auf Bund und Länder verteilt ist.

In Richtung von Herrn Dr. Bohr ist weiterhin anzumerken, dass das staatliche Lotteriespiel, wenn man es mit dem alten Fritz als die eleganteste Art der Besteuerung ansieht, als Form der regressiven Besteuerung das in der Steuertheorie als normatives Beurteilungskriterium angelegte Leistungsfähigkeitsprinzip verletzt (die einkommensschwächsten Bevölkerungsteile tragen am meisten zum Lotterieraufkommen bei) und dass – wie *Beckert* und *Lutter* untersucht haben – dieser regressive Effekt durch die unterproportionale Nutzung der mit Lottomitteln geförderten Einrichtungen des Breitensports usw noch verstärkt wird. Die von *Beckert* und *Lutter* gezogene mögliche Konsequenz ist eine verstärkte Zuführung von Lottomitteln in den Landeshaushalt auf Kosten der bisherigen Destinatäre.

II. Es ist wohl nicht auszuschließen, dass nicht nur die aktiven Internetglücksspielanbieter, sondern auch hiesige Lotterie- und Spielbankengesellschaften sich Hoffnungen auf eine wie auch immer geartete Lockerung des Internetglücksspielverbotes machen. In seiner Entscheidung vom 8. August 2009 – *Liga Portuguesa* – hat der EuGH in aller Deutlichkeit betont, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sind, Internetglücksspielangebote auf einen einzigen nationalen Anbieter (in Portugal: die Santa Casa) zu beschränken.

Damit sind jene europa- und im Übrigen (damals auch) kartellrechtlichen Einwände gegen staatliche Internetglücksspielangebote obsolet geworden, die im Spätherbst 2006 zu dem später im Glücksspielstaatsvertrag verankerten – absoluten – Verbot von Internetglücksspielangeboten (auch für die staatlichen Anbieter) geführt haben.

Mit der Entscheidung der Kommission über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens auf der Grundlage der EU-Beihilfavorschriften gegen Dänemark zeichnet sich allerdings ein neues – diesmal beihilferechtliches – Risiko für die von manchen angestrebte Öffnung des Internets für Sportwetten- und auch spielbanktypische Glücksspielangebote ab: Führt die unterschiedliche steuerliche / abgabenrechtliche Behandlung von terrestrischen Spielbanken und Online-Spielkasinos zu einem wettbewerbsschädlichen Vorteil für Online-Anbieter? Dänemark hatte im Juli 2010 die Kommission von der Absicht unterrichtet, die Glücksspielmärkte durch Vergabe von Lizenzen an Online-Anbieter zu liberalisieren. Dänemark beabsichtigt, von Online-Anbietern von Kasinospielen und virtuellen Spielautomaten eine Steuerpauschale von 20% der Brutto-Glücksspieleinnahmen zu erheben; terrestrische Spielbanken und Spielhallen sollen demgegenüber auch weiterhin bis zu 75% der Einnahmen abführen. Für die Dauer des Prüfverfahrens der Kommission kann das ursprünglich ab 1. Januar 2011 geplante Liberalisierungsgesetzpaket nicht in Kraft treten. Angesichts dieses Verfahrens drängt sich die Frage auf, ob die Generaldirektion Wettbewerb nicht auch die unterschiedliche glücksspielsteuerliche Behandlung von Casinos auf Malta und Online-Casinos von Malta aus – die bekannten „offshore-Erlaubnisse“ – zum Gegenstand ihrer wettbewerbsrechtlichen Aktivitäten machen sollte.

III. Lassen Sie uns die Entscheidung des EuGH *Liga Portuguesa* ein weiteres Mal in den Blick nehmen: Diese hat vielerorts zu der Einschätzung geführt, dass ein Austausch der Primärbegründung für die deutschen Lotteriemonopole rechtlich zulässig sein könnte. Mit Blick auf die sich wohl doch – wie soeben dargestellt – aufdrängende horizontale Inkohärenz eines Spielsuchtvermeidungsansatzes für Lotterien mit geringem Spielsuchtpotenzial einerseits und einer wie auch immer im Einzelnen gearteten „Teilliberalisierung“ der gefährlicheren Sportwette andererseits, schließlich unter Einbeziehung der nach allgemeiner Auffassung gültigen – m. E. gleichwohl verfassungsrechtlich höchst problematischen – Regelungen der Spielverordnung des Gewerberechts-Verordnungsgebers (die Verordnungsermächtigung des § 33f Abs. 1 GewO ermächtigt zu einer Rechtsverordnung „zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebes ...“; die Novelle der SpielVO 2006 hatte erkennbar eine höhere Attraktivität der Geldspielautomaten zum Ziel; es ist die einhellige Auffassung der Suchtexperten, dass die Suchtrisiken mit der novellierten SpielVO 2006 erheblich zugenommen haben, so auch die aktuelle *Bühringer*-Studie), drängt es sich geradezu auf, nach einem Begründungssurrogat für die Primärzielsetzung des Glücksspielstaatsvertrages zu suchen. Dabei scheint der GlüStV, jedenfalls mit Blick auf dessen primäre Zielsetzung geradezu ein Erfolgsmodell zu sein: Spielsuchtfachleute haben in der Vergangenheit vielfach einen direkten, geradezu linearen Zusammenhang zwischen der Verfügbarkeit von Spielangeboten und der quantitativen Entstehung der Spielsuchtproblematik dargestellt: Bei einem Rückgang der

Umsätze der staatlichen oder zumindest staatlich beherrschten Glücksspielunternehmen in deutlich zweistelligen Prozentbereichen kann der GlüStV unter dem Gesichtspunkt der erfolgreichen Spielsuchtvermeidung und –Bekämpfung daher eigentlich kaum zu beanstanden sein. Allerdings kann der direkte Zusammenhang von Glücksspielverfügbarkeit und Spielsuchtentwicklung in der Bevölkerung bei Auswertung neuerer Prävalenzstudien zumindest angezweifelt werden: Maßgebend dürfte daher für die Wirksamkeit eines Spielsuchtvermeidungs- und Bekämpfungskonzeptes und damit am Ende auch für die verfassungsrechtliche Legitimität einer künftigen auf dieses Konzept gestützten, die Berufsfreiheit deutlich begrenzenden Regelung die Antwort auf die Frage sein, ob die praktizierten Schutzmechanismen tatsächlich zu einer Reduzierung des Anteils der Problemspieler führen oder lediglich moderate Spieler in großer Zahl von ihrem Hobby abhalten. Dieser Aspekt bedeutet im Übrigen konsequent zu Ende gedacht ein zusätzliches erhebliches finanzielles Risiko für alle Spielbankbetreiber und Sportwettenanbieter bei sachgerechter Regelung und Umsetzung eines *verhaltenspräventiven* Ansatzes der Spielsuchtvermeidung und -Bekämpfung: Wenn etwa im Online-Poker-Geschäft – und Deutschland bildet hier nach einer aktuellen empirischen Studie der Universität Hamburg inzwischen den zweitgrößten Markt weltweit, über 4 ½ Millionen Spieleridentitäten wurden untersucht, 7,58% aller Spieler weltweit kommen danach aus Deutschland; das zentrale (gesetzgeberische) Instrument der *Verhältnisprävention*, nämlich die erfolgreiche Einschränkung der Verfügbarkeit des Spielangebotes, findet m. a. W. im Bereich des Online-Poker nicht statt – wenn also im Online-Poker-Geschäft die 10-prozentige Spitzengruppe der Vielspieler einen 90,95 prozentigen Anteil am gesamten Spielvolumen produziert, muss die Frage erlaubt sein, ob es 1. überhaupt ein wirksames verhaltens- und/oder verhältnispräventives Instrument gibt, um diese Spieler von Ihrer Spielbeteiligung abzuhalten, und 2., wie dieses Instrumentarium ggf. auszusehen hat, ohne dass ein Ausweichen in illegale Angebote erfolgt? Bei dieser Grundannahme und Fragestellung unterstelle ich, dass die genannte Spitzengruppe die üblichen Indikatoren für problematisches und pathologisches Spielverhalten erfüllt und nicht einfach nur viel Geld mit großem Spaß „verbrennt“. Außerdem ist klarzustellen, dass es keine Monokausalität für Umsatzsteigerungen oder auch die starken Umsatzrückgänge der terrestrischen Spielbanken gibt,– Stichwort „Rauchverbot“. Bei alledem darf der Hinweis auf den gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der Spielsuchtproblematik nicht fehlen, der allerdings dann erheblich reduziert wird, wenn die Erkenntnisse auch zur Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit bestimmter Spielsuchtvermeidungs- und Bekämpfungskonzepte gesichert sind. Insgesamt drängt es sich auf, dass wirkungsvolle Suchtbekämpfungskonzepte langfristig wohl deutlich differenzierter ausfallen und einen stärker individualisierten Ansatz erhalten müssen. Unter Einbeziehung der skizzierten Rechtstatsachen zur gegenwärtigen Spielhallen- und Internetglücksspiel-Angebotssituation einerseits, eines bei Fortführung des Suchtvermeidungsansatzes für Lotteriemonopole aus Kohärenzgründen schlichtweg nicht regelbaren attraktiven Konzessionsangebotes für die bislang im internationalen Raum tätigen Internetglücksspielanbieter andererseits, schließlich der bestehenden eklatanten Vollzugsdefizite gegenüber illegalen Glücksspielanbietern, drängt sich, wie gesagt, die Inkohärenz des angestrebten Gesamtregelwerkes auf.

Kommen wir daher zur Ausgangsfrage eines Begründungsaustausches für die Lotterien- und sonstigen Glücksspielmonopole und Oligopole zurück: Der EuGH scheint den Ausweg anzubieten, indem er in der Entscheidung *Liga Portuguesa* in bemerkenswerter Klarheit anerkannt hat, dass die Mitgliedstaaten ihre glücksspielrechtlichen Restriktionen – auch – mit der Kanalisierung des Spieltriebes in geordnete Bahnen zur Ausschaltung eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spieltriebes begründen können. Etwas salopp formuliert hat der EuGH damit (und auch bereits früher in der *Placanica*-Entscheidung) zu erkennen gegeben, dass er weder die prinzipielle Entscheidung der Mitgliedstaaten für ein bestimmtes Glücksspielreglement (an sich) zu bewerten beabsichtigt, noch die Entscheidung über die gesetzgeberische Gewichtung der Regelungsbegründungen aus dem üblichen Begründungskanon. Demgegenüber untersucht der EuGH auch weiterhin sehr genau die Frage, ob das vom Mitgliedstaat einmal gewählte Regelungskonzept kohärent ist. Es ist daher europarechtlich in erster Linie eine Frage der Rechtstatsachen, ob ein staatliches Lotterienmonopol primär auf den Aspekt des Schutzes der Spieler vor betrügerischen Machenschaften gestützt werden kann: Aus meiner Sicht ist dieses Begründungssurrogat bei Erhalt der gewerblichen Spielvermittlung durch Dritte nach den Erfahrungen in der Vergangenheit nicht ohne weiteres schlüssig. Die gewerbliche Spielvermittlung war bereits in der Vergangenheit eine „Sollbruchstelle“ für eine monopolartige Regulierung mit einer auf die Spielsuchtprävention gerichteten Monopolrechtfertigung. Für die Kohärenzprüfung der auf die Betrugsvermeidung usw. gestützten Gesetzesbegründung von Bedeutung könnte auch der Blick auf die Anzahl der staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren wegen Betrugsverdacht und anderer Straftaten im Umfeld der Lotterien, Spielbanken, Spielhallen und der gewerblichen Spielvermittlung sein. Hiervon abgesehen erscheint ein Begründungsaustausch nach vier Jahren Lotterienmonopol zur Vermeidung und Bekämpfung von Spielsucht absolut willkürlich und wenig schlüssig. Es ist nicht auszuschließen, dass sich die Obergerichte durch einen derartig beliebigen Begründungswechsel zu einer abschließenden – für die staatlichen Monopolisten unerfreulichen – Entscheidung des glücksspielrechtlichen Regelungskonvolutes veranlasst sehen.

Die inzwischen sehr kleinteilige europarechtliche Diskussion führt zudem mancherorts dazu, dass die bundesverfassungsgerichtlichen Anforderungen an das Lotterienmonopol in Vergessenheit geraten sind. In seinen Beschlüssen seit dem 28. März 2006 hat das BVerfG deutlich gemacht, dass die *Grundsatzentscheidung zu dem bayerischen Sportwettenfall* nicht nur für Bayern, sondern für alle Länder der Bundesrepublik und nicht nur für die Sportwettenangebote, sondern für alle Glücksspielarten von Bedeutung ist. Ich darf den ersten Leitsatz der Sportwettenentscheidung sinngemäß wiedergeben: Es ist nach Maßgabe der Gründe mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, dass nach einem Glücksspielgesetz Glücksspiele nur von dem jeweiligen Land veranstaltet und nur derartige Glücksspiele gewerblich vermittelt werden dürfen, ohne das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten. Dabei ist mir durchaus bewusst, dass die rechtliche Analyse der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung teilweise – wenig überzeugend – dahin

erfolgt, dass die Maßstäbe der Sportwettenentscheidung nicht durchgängig auf andere Glücksspielangebote übertragbar sein sollen.

**IV.** Die jedenfalls auf der Grundlage der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erforderliche Herstellung einer horizontalen, dh über die einzelnen Glücksspielarten hinausreichenden Kohärenz, führt zwangsläufig zu der Forderung nach einem Regelungswerk auch für die gewerblichen Spielautomaten in Spielhallen und anderen Vergnügungsstätten. Zu den Rechtsfragen der Regulierung von Spielhallen will ich mich nicht im Einzelnen äußern; das wird Herr *Dietlein* dem Programm zufolge tun. Es gibt allerdings einen Aspekt eines durch welchen Gesetzgeber und wie auch immer in seinen Einzelheiten ausgestalteten Sperrsystems künftig auch für Spielhallen, der noch einige Beachtung finden dürfte: Ein auf Spielhallen übertragenes, dem – bislang für die Spielbanken praktizierten System – entsprechendes oder auch nur ähnliches Zutrittskontroll- und Sperrwesen macht in letzter Konsequenz die gewerberechtlichen Regelungen über Spieldauer, Höchstesinsatz- und Verlustgrenzen zumindest teilweise überflüssig, je nach Ausgestaltung. Es entstünden die sog. „B-Casinos“ in einer Deluxe-Version, die jedenfalls die Verfügbarkeit von Glücksspielangeboten deutlich erhöhen würden. Zwar sind die spielbankenrechtlichen Erlaubnisse in ihrer Dichte hinsichtlich der Anzahl und Standorte der Glücksspielautomaten zum Teil höchst präzise. Da es aber in der Spielbank praktisch an einer den Spielhallenautomaten vergleichbaren Limitierung von Einsatz und Verlust fehlt, wird durch die Zugangskontrolle und ein Sperrsystem für Spielhallen in der Kombination mit den geltenden Limitierungen des Gewerberechts gleichwohl ein vergleichsweise deutlich höherer Schutzstandard als in Spielbanken erzielt, und damit gewissermaßen eine aus heutiger Sicht „verdrehte Inkohärenz“. An diesem gemeinschaftsrechtlich relevanten rechtstatsächlichen Befund ändert auch der Hinweis auf die unterschiedliche rechtliche Zuordnung von Spielhallen- und Spielbankenrecht zum Wirtschafts- bzw. Ordnungsrecht nichts.

Zu den bisherigen glücksspielstaatsvertraglichen Regelungen über die Spielersperre ist anzumerken, dass grundsätzliche Änderungen der §§ 8 und 23 GlüStV ausgeschlossen erscheinen; allerdings könnte über die Verwaltung der Sperrdateien durch eine zentrale staatliche Stelle nachgedacht werden, die inzwischen technisch einfach abgewickelt werden kann, unter Verwendung computergenerierter Verschlüsselungen von Namen und Geburtsort, durch die eine Reidentifizierbarkeit außerhalb der Datenbank unmöglich gemacht wird. Die Entwicklung des Sperrdateiwesens hängt sicherlich davon ab, ob und ggf. in welchem Umfange sich der Bundesgesetzgeber bewegt.

**V.** Ich darf die aus meiner Sicht wichtigsten Punkte noch einmal zusammenfassen:

1. Die gesetzgeberische Entscheidung für ein Sportwettenkonzessionsmodell führt zu erheblichen gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Risiken für die bestehenden Lotteriemonopole der Länder. Es ist auf der Grundlage der bisherigen europagerichtlichen Rechtsprechung durchaus vorstellbar, dass der Gerichtshof eine Inkohärenz zwischen einem monopolisierten Angebot von Lotterien einerseits und einem teilweise liberalisierten Sportwettenmarkt andererseits feststellt. Auf der Grundlage der

bisherigen verfassungsgerichtlichen Judikatur stellt allein die Suchtbekämpfung und Suchtvermeidung eine tragfähige Begründung für die Lotteriemonopole dar. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner *Sportwettenentscheidung* vom 28. März 2006 eine (vorläufige) Bewertung der mit verschiedenen Glücksspielarten verbundenen Suchtpotenziale vorgenommen. Wird auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2010 in die Überlegungen mit einbezogen, besteht nach der einschlägigen Rechtsprechung der deutschen Höchstgerichte die folgende Rechtslage: Das bisherige Ziel der Begrenzung der Lotterietätigkeiten (Spielsuchtvermeidung und –Bekämpfung) wird durch eine entgegenlaufende Ausgestaltung im Sportwettenbereich konterkariert; eine Ausgestaltung des Sportwettenbereichs, mit der eine Ausweitung der Spielsuchtproblematik einhergeht, führt m. a. W. zur Verfassungswidrigkeit des glücksspielrechtlichen Gesamtregelwerkes.

2. Der Austausch der Primärbegründung für die Lotteriemonopole (Suchtvermeidung und –Bekämpfung) legt bereits für sich genommen eine gesetzgeberische Willkür nahe und untergräbt die Akzeptanz der gesetzgeberischen Entscheidung in einem erheblichen Maße. Der Gesetzgeber ist auf der Grundlage der europagerichtlichen Rechtsprechung zwar prinzipiell frei, zwischen unterschiedlichen glücksspielrechtlichen Regelungssystemen zu entscheiden; auch lässt sich – im Unterschied zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – ein Glücksspielmonopol auf andere sachgerechte Begründungen, also nicht nur auf das Ziel der Spielsuchtvermeidung und –Bekämpfung gründen. Es ist gleichwohl damit zu rechnen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine derartige gesetzgeberische Beliebigkeit, ein „taktisches Umschwenken“ von einer gesetzgeberischen Primärzielsetzung zu einer anderen Monopolbegründung nicht ohne weiteres akzeptiert. Auf der Grundlage der bisherigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung scheidet die Ersetzung der Monopolbegründung „Vermeidung und Bekämpfung der Spielsucht“ durch andere verfassungslegitime Begründungen wie die Vorbeugung krimineller Handlungen etc., wie bereits soeben angedeutet, ohnehin aus.

3. Nur ein dem Ordnungsrecht zugeordnetes Sportwettenkonzessionsmodell ermöglicht, vorbehaltlich einer ins Detail gehenden Analyse, die Abschöpfung des Sondervorteils der Konzessionsnehmer durch eine Lenkungsabgabe, die wiederum dem Lenkungszweck zugeführt werden müsste.

4. Die Aufhebung des im Glücksspielstaatsvertrag verankerten Internetglücksspielverbotes beinhaltet neben der Kohärenzproblematik beihilferechtliche Risiken. Die von der Kommission in Bezug auf die dänischen Liberalisierungsbestrebungen geprüfte unterschiedliche steuerliche/abgabenrechtliche Behandlung von terrestrischen und Online-Spielbanken ist möglicherweise als unionswidrige Beihilfe (für die Onlineanbieter) zu qualifizieren.

5. Die Einführung eines Zugangskontroll- und Sperrsystems auch für Spielhallen durch die Landesgesetzgeber führt, gemessen an der heutigen Ausgangslage, möglicherweise zu einer Art „verdrehten Inkohärenz“ zwischen Spielbanken und Spielhallen, weil der

Schutzstandard in Spielhallen mit Blick auf die in Spielbanken deutlich weniger regulierten Geldspielautomaten (keine vergleichbaren Einsatz-, Gewinn- und Verlustgrenzen) sodann deutlich höher sein dürfte als in Spielbanken. An diesem gemeinschaftsrechtlich relevanten rechtstatsächlichen Befund ändert auch der Hinweis auf die unterschiedliche rechtliche Zuordnung von Spielhallen- und Spielbankenrecht zum Wirtschafts- bzw. Ordnungsrecht nichts.

**VI.** Gestatten Sie mir bitte drei letzte Punkte:

1. In der Diskussion über eine deutlich schärfere Regulierung der Spielhallen, einschließlich möglicher Abstandsgebote und flankierender Regelungen des Baurechts, wird mit großer Regelmäßigkeit das Argument der sich möglicherweise auftürmenden Entschädigungszahlungen an die Gewerbetreibenden vorgetragen. Es handelt sich bei dieser Argumentation wohl eher um eine gefühlte Grenzziehung, nachdem das BVerfG zu der Entschädigungsfrage in Nichtannahmebeschlüssen (*Tipp24* und *Faber*) und auch das OVG SachsAnh in 2010 bereits Stellung genommen haben. Angesichts der mehrjährigen Diskussion, der MPK-Beschlüsse, einschließlich der Aufforderungen an den Bund, nach Verabschiedung des GlüStV tätig zu werden, vermag ich eine entschädigungsrechtliche Problematik bei Regelung eines kurzen, gleichwohl hinreichenden Übergangszeitraumes nicht zu erkennen. Das Entschädigungsargument ist ebenso wie das unter Verkennung der Inhalte der Föderalismusreform häufig bemühte Kompetenzargument (für die Spielhallengesetzgebung) ein „instrumentelles“ Argument.

2. Zweitens: Demnächst finden wir also die folgende Glücksspielrechtslage vor: Für den Bund: die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung und Spielverordnung, für die Länder: den modifizierten Glücksspielstaatsvertrag mit einer Spielhallenteilregelung, 16 ergänzende Landeslotterie-, Sportwetten und Spielbankengesetze und sodann auch: 16 Landesergänzungsgesetze für das Spielhallenwesen. Herr Hecker, ich darf schon jetzt mit Blick auf das Vorhaben einer 2. Auflage Ihrer glücksspielrechtlichen Kommentierung gratulieren!

3. Der dritte Punkt ist ein wenig ernster gemeint und beinhaltet die zentrale Schlussfolgerung aus der prekären glücksspielrechtlichen Lage im Falle der Verwirklichung eines Sportwettenkonzessionsmodells: Ich bin für eine Einschätzung am Rande einer glücksspielrechtlichen Tagung im März 2007 heftig gescholten worden, und zwar für die Empfehlung, nach einer neuen Holding-Organisationsform für die bisherigen Lotteriegesellschaften der Länder zu suchen, – so lange dies im Schutze des § 10 Abs. 5 GlüStV noch möglich ist. Die Länder sollten über diese Option verschärft nachdenken.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.